

FACULDADE SAVONITTI
POS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO CIVIL E
PROCESSUAL CIVIL



DANIEL RIBEIRO FARIAS MARTINS

Da aplicabilidade dos *Punitive Damages* no Brasil.

MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DE CURSO

BRASÍLIA – DF

2014

FACULDADE SAVONITTI
POS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO CIVIL E
PROCESSUAL CIVIL



DANIEL RIBEIRO FARIAS MARTINS

Da aplicabilidade dos *Punitive Damages* no Brasil.

**Monografia apresentada como exigência
parcial para a obtenção do título de
especialista em Direito Civil e Processual Civil,
sob a orientação do Prof. Msc. Edmilson
Costa.**

BRASÍLIA – DF

2014

DANIEL RIBEIRO FARIAS MARTINS

**DA APLICABILIDADE DOS PUNITIVE DAMAGES NO
BRASIL.**

**Esta monografia foi julgada e aprovada para a obtenção do título de Especialista
em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Savonitti.**

Brasília, 10 de outubro de 2014.

Prof. Msc. Edmilson Costa

Orientador

BANCA EXAMINADORA

Prof. XXXXXXXXXX

Prof.XXXXXXXXXX

Prof.XXXXXXXXXX

Orientador

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar o instituto dos Punitive Damages que vem sendo utilizado de forma equivocada no Brasil. Após uma breve apreciação dos temas conexos e da origem desse, busca-se uma solução satisfatória para garantir a validade e eficácia dos Punitive Damages, sem ferir o ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, analisam-se os possíveis contornos e soluções à luz do Direito nacional, mais condizentes com as nossas peculiaridades.

Palavras-chave: responsabilidade civil, *punitive damages*, dano, princípio da vedação do enriquecimento sem causa, princípio da reserva legal.

Abstract

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	7
2.	ASPECTOS HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	9
3.	NOÇÕES GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	14
3.1.	CONCEITO	14
3.2.	RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA.....	16
3.3.	RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA.....	16
3.4.	PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	17
4.	O DANO	21
4.1.	CONCEITO	21
4.2.	REQUISITOS DO DANO	22
4.3.	CLASSIFICAÇÃO DO DANO.....	23
5.	O DANO MORAL.....	24
5.1.	BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA	24
5.2.	CONCEITO	25
6.	DANOS PUNITIVOS	27
6.1.	HISTÓRIA	27
6.1.1.	Estados Unidos.....	29
6.2.	DEFINIÇÃO DE PUNITIVE E EXEMPLARY DAMAGES	31
6.3.	PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NO SISTEMA JUDICIÁRIO NORTE-AMERICANO.....	32
6.4.	PRINCIPAIS CASOS DE ADMISSIBILIDADE	33
6.4.1.	Negligência Grosseira (<i>Gross Negligence</i>).....	33
6.4.2.	Responsabilidade civil objetiva	34

6.4.3. Em quebra de contratos.....	34
7. DA NÃO APLICABILIDADE DO INSTITUTO DO PUNITIVE DAMAGES NO BRASIL	35
8. CONCLUSÃO.....	45
9. REFERÊNCIAS	47

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um dos ramos mais apaixonantes do Direito, tendo aplicações no cotidiano de todo cidadão brasileiro, desde uma simples briga de vizinhos até a responsabilização de uma empresa por dano moral. Diversos são os dispositivos que tratam da questão, como os princípios da proibição do enriquecimento sem causa ou da proporcionalidade. O tema dessa monografia são os *punitive damages*.

Para entender a aplicação desse instituto na *Civil Law*, esta monografia pretende, sem esgotar o tema, analisar de forma científica, através de doutrina nacional e estrangeira, o surgimento, aplicação e adequação do instituto ao nosso direito.

Quando se importa determinado instituto de Direito sem o estudo científico, jurídico político e sociológico abrem-se possibilidades de construir aberrações jurídicas, que apesar das boas intenções na sua aplicação não se amoldam a um ordenamento, por vezes ferindo de morte alguns de seus princípios basilares.

A tese da função punitiva da reparação encontra na doutrina alguns defensores do porte de Caio Mário da Silva Pereira, Silvio Rodrigues e Maria Helena Diniz. No entanto não há nada na legislação brasileira, apesar dos posicionamentos doutrinários, que autorizem a aplicação de uma função punitiva, nos moldes da *Common Law*.

No princípio dos trabalhos o pesquisador pensou que o instituto seria plenamente aplicável no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive inferindo que seria a maneira mais justa de reparar um dano, ou seja, o mal com o mal. No decorrer da pesquisa foram constatados alguns choques entre a aplicação dos *punitive damages* e os princípios norteadores do ordenamento pátrio, como a *nulla poena sine legem*, o *no bis in idem* e a vedação do enriquecimento sem causa.

Portanto para responder o questionamento sobre a inadequação do instituto no Direito brasileiro resolveu-se que deveria haver uma pesquisa sobre os aspectos históricos da própria Responsabilidade Civil, estudando desde o

funcionamento dentro das sociedades primitivas, passando pelo Código de Hamurábi e a legislação romana, até o atual Código Civil.

Após o entendimento e estudo sobre a história da Responsabilidade Civil passou-se ao estudo do seu conceito moderno e sua aplicação no Brasil, seus princípios e metodologia. Estudou-se a responsabilidade objetiva, subjetiva e o dano moral, tendo por objetivo entender como a reparação civil é aplicada no Brasil.

A seguir há o estudo dos *punitive damages* como instituto, trazendo sua história, como surgiu e se desenvolveu, principalmente na Inglaterra e nos Estados Unidos da América. Houve preocupação em explicar como funciona o sistema legal para aplicação dos *punitive damages* nos Estados Unidos, a partir do funcionamento do júri e exposição de vários *leading cases* que resultaram em inúmeras mudanças na forma como o instituto é aplicado nos Estados Unidos.

Depois da pesquisa sobre a maneira como os *punitive damages* são aplicados nos Estados Unidos, há a exposição sobre como ele veio ser aplicado no Brasil, com os inúmeros problemas jurídicos que têm causado, a partir de críticas de doutrinadores.

E, por fim, serão apresentadas as conclusões da presente pesquisa, que visam reforçar as análises realizadas no transcorrer do trabalho no que concerne à adequação e aplicação do sistema norte-americano do *punitive damages* no sistema de responsabilidade civil brasileiro. O objetivo da pesquisa é elucidar assuntos controversos sobre a indenização por dano moral e sua fixação no que tange à junção das funções compensatória, punitiva e pedagógica/exemplar, no intuito de que esta pesquisa sirva de parâmetro para os operadores do direito e demais cidadãos.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Muito embora o sentimento de justiça seja atemporal, seu exercício já foi balizado pelos mais distintos parâmetros. Dessarte, não seria estranho observar que os mecanismos de compensação às eventuais condutas contrárias à incolumidade física, moral ou patrimonial dos sujeitos sofreram grandes modificações ao longo da história.

A partir do momento que o homem abandonou a vida nômade e decidiu unir-se aos seus semelhantes em comunidades dotadas de regras, surgiu a necessidade da instituição de punição aos infratores. Nos tempos primitivos, vigorava a aplicação da vingança pessoal. Como observa Nader¹, as reações às várias formas de agressões ou danos eram imprevisíveis. Não havia critérios a serem observados. O revide se achava consagrado nos costumes e se fazia de acordo com a ira e na medida das forças da vítima ou de pessoa a ela ligada.

A responsabilidade como conhecemos hoje se assenta em três pressupostos: um dano, a culpa do autor e a relação de causalidade entre o fato culposos e o mesmo dano. O homem primitivo não cogitava o fator culpa, o dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava o direito, dominava então a vingança privada².

Caso não houvesse a reação imediata da vingança privada, a sociedade primitiva aplicava alguns institutos de justiça social, como o Código de Talião. A vingança não seria imediata, mas posterior ao dano, com regras pré-estabelecidas de punição. Ainda que hoje ele seja visto como bárbaro ou desproporcional, foi útil para organizar a reparação segundo critérios que para aquelas pessoas pareciam justos.

Com o surgimento da Lei de Talião, estabeleceu-se o princípio da proporcionalidade entre o mal infligido e a consequência a ser aplicada ao agente. Enrique Ferri³ assevera:

¹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 7. 43 p.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4. 6 p

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007 44 p.

A pena de Talião, que agora é símbolo de atroz barbárie nos povos civilizados, constitui na humanidade primitiva um grande progresso moral e jurídico, precisamente porque pôs um limite, uma medida à reação da vingança defensiva (olho por olho, dente por dente).

Observou-se, contudo, que punir alguém de acordo com a Lei de Talião não repararia o dano, mas sim causaria um duplo dano: o da vítima, já consumado e o do ofensor quando houvesse efetiva punição.

As sociedades primitivas, percebendo a ineficiência da vingança privada acabaram por elaborar outras formas de solução de conflitos surgindo assim o período da composição⁴, resultante de um novo momento, imbuído de mais humanidade e racionalidade.

Com uma autoridade soberana já constituída vedou-se ao indivíduo fazer justiça com as próprias mãos. Em vez disso passou-se a adotar a composição econômica que, de voluntária passa a ser obrigatória e tarifada. A ideia era a seguinte: se um membro daquela sociedade causasse um dano a outro membro ele seria punido não mais por um castigo corporal, a perda de um olho ou dente, mas haveria uma efetiva compensação financeira. Por exemplo, por um membro roto havia um valor estabelecido, por um escravo morto havia outro valor, sendo esses os ancestrais das nossas indenizações estabelecidas por acidentes de trabalho. É a época do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas⁵.

Preliminarmente, adotou-se a composição voluntária, procedimento unilateral de solução de litígios. Os lesados, nesse processo, estipulavam o resgate (*poena*) que deveria ser pago pelo ofensor in natura ou por certa importância em dinheiro⁶. Se o delito fosse contra coisa pública, caberia à autoridade pública defini-la. Em caso de dano ao particular, a esse caberia fixá-la.

Posteriormente, passou a vigorar a composição tarifada, caracterizada pela objetividade e independência da vontade das partes. Nesse procedimento, não caberia à vítima definir a prestação a ser dada pelo ofensor, pois, para cada tipo de infração, a lei fixava a devida forma de reparação, por meio da

4 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7, 11 p.

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7. 6 p.

6 NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 7. 44 p.

tarifa. Adotada pela Lei das XII Tábuas e pelo Código de Ur-Namu (2.050 a.C), a composição tarifada é apontada como o embrião da responsabilidade civil⁷.

Ainda que se reconheça a importância da *Lex Duodecim Tabularum* na consolidação do instituto da responsabilidade civil, não se pode olvidar que foi com a *Lex Aquilia* que se estabeleceram os princípios orientadores da responsabilidade extracontratual, também designada aquiliana⁸.

A ideia de que o patrimônio do ofensor fosse usado para reparar o ofendido surgiu através da *Lex Aquilia de Damno*, em que a culpa seria “[...] o fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa”⁹.

Dessa lei surgiu o chamado *damnum injuria datum*, que seria o prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante.¹⁰ Daí o Estado assumiu a função de punir o lesante, obrigando as partes a aceitar sua composição e renunciar ao direito da vingança privada.

Com o advento da idade média, a responsabilidade civil passou a se distinguir da responsabilidade penal, a partir da estruturação da ideia de culpa *stricto sensu* e uma elaboração da dogmática da culpa¹¹.

Com base nessa lei, o *damnum injuria datum* – dano causado ilicitamente – pressupunha três requisitos: a injúria, que se configuraria em um comportamento antijurídico do agente; a culpa, apontada pela voluntariedade da conduta (delito) ou pela imprudência ou negligência (quase-delito) do ofensor; o *damnum*, reconhecido pela ocorrência de prejuízo causado pelo agente.

Inicialmente, os romanos não vinculavam a reparação de danos ao comportamento culposos, pois, considerava-se imprescindível a consequência nociva

7 Idem, 45 p.

8 Ibidem, 46 p.

9 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7, 11 p.

10 Idem

11 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7, 11 p.

da conduta, independente da voluntariedade na efetivação do dano. A partir do século V, foi criada em Roma, com base na filosofia grega, a teoria da culpa.

Dessa maneira, a injúria, requisito do *damnum injuria datum*, passava a ser concebida exclusivamente se revestida pelo manto da culpa. A teoria da culpa na responsabilidade civil extracontratual adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro tem como aspecto basilar as teorias da culpa e do risco.

Inspirado pelo *Code Napoléon*, o Código Civil de 1916 dispôs no art. 159 sobre a definição de ato ilícito e sobre a responsabilidade aquiliana. Todavia, esse instrumento legal apresentava como pressupostos da hipótese os três seguintes elementos¹²: conduta do agente mediante ação ou omissão; violação de direito ou provocação de prejuízo a outrem; dolo, imprudência ou negligência do ofensor.

Presentes os três elementos, a norma jurídica estabelecia como consequência o dever de reparação do dano.

Pela interpretação do art. 160 do Código Beviláqua, ficaram afastados da ilicitude os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido, bem como aqueles realizados com a finalidade de remover perigo iminente, desde que necessária e sem excessos, ainda que causasse lesão a bens materiais de outrem.

Não houve disposição expressa acerca do abuso de direito. Todavia, a partir da interpretação a *contrario sensu* do art. 160, vários autores admitiram que o legislador, ao prever o exercício regular de um direito reconhecido como excludente do ilícito, reconheceu também que o exercício não regular, mediante abuso de direito, constituiria ato antijurídico¹³.

Cabe ressaltar que o *Codex* de 1916 não apontou nitidamente se o dano sofrido se limitava ao âmbito patrimonial ou se alcançava a esfera moral. Consequentemente, não foi esclarecido, também, pelo legislador acerca da cumulatividade dos danos materiais e morais.

¹² NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 7. 53 p.

¹³ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 7. 53 p.

O Código Civil de 2002, inspirado pelo anterior, apresentou fórmula ampla, geral e abstrata para a responsabilidade civil. O ato ilícito foi definido em seu art. 186, com a respectiva determinação de reparação de danos no art. 927. Adotou ainda, em semelhança ao código de 1916, a teoria subjetiva.

Apesar da grande afinidade entre as normas, o atual Código inovou em diversos aspectos. Estendeu a responsabilidade ao âmbito das lesões provocadas na esfera moral, não se restringindo apenas à material. Dispôs explicitamente acerca do abuso de direito como figura ilícita.

Por fim, verifica-se a criação de critério geral e autônomo de adoção da responsabilidade independente de culpa, pela adoção da teoria do risco criado. O parágrafo único do art. 927 assim estabelece:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Ainda que tenha ocorrido grande evolução no disciplinamento normativo acerca da responsabilidade civil, não se pode ignorar a necessidade de aperfeiçoamento de tantos outros aspectos, como aponta Nader, no que diz respeito à reparação de danos nas relações familiares¹⁴.

¹⁴ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 7. p. 52

3. NOÇÕES GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade não é um tema exclusivo do direito. Em vários aspectos da vida humana se encontra a temática da responsabilidade, como, por exemplo nos planos da religião, moral e no trato social¹⁵. O interesse neste trabalho é no aspecto jurídico da responsabilidade civil.

3.1. CONCEITO

O termo responsabilidade vem do verbo latino *respondere*, o que representa o fato de alguém ter se constituído garantidor de algo. Na sua raiz há a palavra *spondeo* a qual seria a forma que o devedor se vinculava nos contratos verbais do direito romano¹⁶.

Para Maria Helena Diniz¹⁷

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

O foco da responsabilidade é saber se o prejuízo, causado por alguém ou por algo que esteja sob sua guarda, será reparado por quem o causou. Daí vem o conceito adotado por Silvio Rodrigues, citando Savatier: “(...) obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam...”¹⁸.

Sendo a responsabilidade civil decorrente de uma agressão a um direito particular, a sua compensação deve ser pecuniária, caso não haja compensação in natura da coisa perdida. Dessa forma Gagliani e Pamplona¹⁹ conceituam a responsabilidade civil como “(...) atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou

¹⁵ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 7. 6 p.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7, 33 p.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7, 33 p.

¹⁸ RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4. 6 p.

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. 9 p.

contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)”.

Gonçalves conceitua responsabilidade como “dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário²⁰”

Paulo Nader subdivide a expressão responsabilidade civil em três aspectos:

Sentido amplo e sentido estrito - Em sentido amplo seria aquele dano causado em razão de um vínculo negocial, já o estrito seria o dano decorrente de ato ilícito em geral;

Quanto à ordem de deveres em natureza primária e secundária - O primeiro exige do agente o cumprimento de um dever; na secundária o patrimônio ou a pessoa são lesados pela conduta do agente ao descumprir o dever, gerando obrigação de reparação mediante indenização pecuniária;

Simple ou complexa - na primeira há responsabilização por conduta própria, enquanto na segunda é responsabilizado o agente que possui vínculo com terceiro causador do dano.

Diferenciar a pena da sanção é essencial para definir a natureza jurídica da responsabilidade civil. Há uma enorme confusão entre esses dois institutos que, embora sejam tratados como sinônimos, na verdade são “gênero” e “espécie”²¹. A sanção decorre da prática de um ato ilícito, no que resulta que a natureza jurídica da responsabilidade somente pode ser sancionadora²².

Por tais fundamentos, conclui Gagliano que a natureza jurídica da responsabilidade será sempre sancionadora, independentemente de se materializar como pena, indenização ou compensação pecuniária²³.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4. 6 p.

²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. 19 p.

²² Idem

²³ Ibidem 20 p.

3.2. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

A rigor não há separação entre responsabilidade objetiva e subjetiva, mas formas de encarar a obrigação de reparar o dano. Adota-se a divisão apenas pelo seu caráter didático, começando pela Responsabilidade civil subjetiva.

No ordenamento jurídico a regra geral é a responsabilidade subjetiva, isto é, decorre de dolo ou culpa do agente. Desse modo a prova da culpa é requisito indispensável para que surja o dever de indenizar do causador do dano²⁴.

Logo se o dano foi provocado exclusivamente por quem o sofreu não há de se considerar a hipótese de ressarcimento, pelo simples fato de não haver prova de que outra pessoa causou o dano por negligência, imprudência ou imperícia. O dever recai sobre a vítima que se acha obrigada a provar a culpa de terceiro. Nesse sentido ensina Pamplona²⁵:

A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa- *unuscuque sua culpa nocet*. Por caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu.

Nota-se que a responsabilidade subjetiva não atende plenamente aos anseios de justiça da sociedade, já que, em muitos aspectos, especialmente no mundo dos negócios essa teoria deixaria as pessoas descobertas de reparação. Considerando que as atividades empresariais venham a causar danos físicos ou materiais às pessoas, adotar unicamente a teoria subjetiva seria prejudicial. A partir desse pensamento surgiu a necessidade de conceber outra teoria, a da responsabilidade objetiva.

3.3. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

No final do século XIX surgiram as primeiras manifestações ordenadas da teoria objetiva ou teoria do risco quando o Direito civil começou a receber a influência da Escola Positiva Penal. A ideia é de que a pessoa que, a partir da sua atividade cria um risco, deve arcar com os prejuízos dela decorrentes, pois,

²⁴ RODRIGUES, Sílvio. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4. 11 p.

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. 14 p.

beneficiou-se com elas. Silvio de Salvo Venosa denomina de “risco-proveito”²⁶ esse ônus decorrente.

Em todas as situações socialmente relevantes onde a culpa é difícil de ser comprovada pela vítima, ou a tarefa é dificultada, a lei opta por dispensá-la da prova. Nesse sentido Rodrigues destaca que, desde que haja prova do nexo de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente surge o dever de indenizar²⁷, independente do dolo ou da culpa.

Ainda que não exista a prova da culpa há de se investigar o nexo de causalidade, pois na teoria objetiva ainda que a culpa seja irrelevante para a reparação o nexo de causalidade é essencial, pois não se pode punir alguém que não tenha dado causa ao dano.

Dentro dessa teoria há uma outra situação que a doutrina denomina de “risco integral”, a qual é uma exceção para a comprovação do nexo de causalidade. Isso se deve ao fato de não haver necessidade de prova de culpa ou nexo de causalidade, pois o simples ato de haver uma atividade e essa causar dano a quem quer que seja já gera direitos reparatórios. O exemplo clássico usado pelos é o da atividade nuclear, cujo eventual dano será responsabilidade do Estado, independente de prova da culpa ou de nexo de causalidade.

3.4. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O artigo 186 do código civil dispõe que:

Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

A partir da literalidade do dispositivo podemos destrinchar os pressupostos da responsabilidade da seguinte forma: a) conduta humana (ação ou omissão voluntária); b) dano ou prejuízo; e c) nexo de causalidade.

O primeiro requisito para que haja responsabilidade é que haja uma ação ou omissão humana que venha a atentar contra um bem jurídico protegido.

²⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. 17 p.

²⁷ RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4. 11 p.

Conforme afirma Rui Stoco²⁸ “(...) não há responsabilidade civil sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica. Ação e omissão constituem, por isso mesmo, tal como no crime, o primeiro momento da responsabilidade civil”.

O texto do artigo menciona que é necessária a voluntariedade da conduta para haver responsabilização. No entanto, na lição de Stoco²⁹, a voluntariedade na culpa é a da ação em si mesma, sem o propósito ou consciência do prejuízo, o que caracterizaria o dolo.

(...) cumpre, todavia, assinalar que se não insere, no contexto de “voluntariedade” o propósito ou a consciência do resultado danoso (...) este é um elemento definidor do dolo. A voluntariedade pressuposta na culpa é a da ação em si mesma.

Dano é a “(...) lesão a um interesse jurídico tutelado-patrimonial ou não-, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”³⁰. Citando Sergio Cavalieri Filho, Pamplona³¹ ensina que:

Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. (...) tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

O fundamento dano será estudado em um capítulo próprio.

Por sua vez, o nexo de causalidade nada mais é do que o liame entre a ação e o dano causado à vítima. Nas palavras de Rui Stoco³²

Não basta que o agente haja procedido *contra-jus*, isso é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um “erro de conduta”. Não basta que a vítima sofra um dano, (...) pois, se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação de indenizar.

A doutrina considera esse o fundamento mais delicado da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado. De fato surgiram várias

²⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 95 p.

²⁹ Idem

³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. 36 p.

³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, São Paulo: Saraiva, 2007. 36 p.

³² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 106 p.

teorias para identificar o fato que constitui a verdadeira causa do dano como³³: teoria da equivalência de condições, teoria da causalidade adequada e teoria dos danos diretos e imediatos.

Pela teoria da equivalência das condições, toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano é considerada como causa³⁴. Esta é uma projeção, na área jurídica, da concepção filosófica ou naturalista formulada por Stuart Mill³⁵, cuja teoria adaptada para o Direito Penal e assimilada pelos civilistas. Dispõe que: todas as condutas conduzem ao prejuízo, de vez que, na cadeia causal, suprimindo um dos antecedentes, não se verifica o resultado danoso

Tal teoria poderia causar o absurdo de que em um caso de homicídio, por exemplo, a responsabilidade poderia se estender ao próprio fabricante da arma com a qual o dano se perpetrou; ou talvez se tivesse de responsabilizar, também, como partícipe do adultério, o marceneiro que fez a cama no qual se deitou o casal amoroso³⁶.

A teoria da equivalência das causas é adotada pelo art. 13 do CP³⁷ que dispõe: “Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

A segunda teoria, a da causalidade adequada, somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo. Ocorrendo certo dano, temos de concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa.³⁸ Esta condição, exposta por Von Kriés, considera que a conduta originária do dano será

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4. 332 p.

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4 331 p.

³⁵ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 7. 109 p.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4 332 p.

³⁷ Código Penal

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4 332 p.

considerada a sua causa desde que tal resultado seja a sua consequência natural e não decorrência de circunstâncias especiais³⁹.

As duas teorias podem ser compreendidas pelo seguinte exemplo: “A” deu um pequeno empurrão em “B”, o que não seria suficiente para machucar um indivíduo normalmente constituído. No entanto “B” possuía uma doença que fragilizava sua estrutura óssea, vindo a causar sua morte. Segundo a teoria da equivalência das condições, a pancada é condição *sine qua non* do prejuízo causado, vindo seu autor a ser responsabilizado. Por outro lado, não haveria responsabilização pela teoria da causalidade adequada, pois nem sempre a conduta do agente seria meio hábil a produzir aquele resultado.

A terceira teoria, denominada “danos diretos e imediatos” é um amálgama das duas anteriores. Exemplo clássico usado pela doutrina⁴⁰ é o do acidentado que, ao ser conduzido em uma ambulância para o hospital, vem a falecer em virtude de tremenda colisão da ambulância com outro veículo. Responderia o autor do dano primeiro da vítima, o responsável pelo seu ferimento, apenas pelos prejuízos de tais ferimentos.

Pelos danos da morte dessa mesma vítima em decorrência da colisão da ambulância, na qual era transportada ao hospital, com o outro veículo, responderia o motorista da ambulância ou o do carro colidente, ou ambos. Mas o agente do primeiro evento não responderia por todos os danos, isto é, pelos ferimentos e pela morte.

Essa é a teoria adotada pelo nosso código no art. 403 que dispõe: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”⁴¹.

³⁹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 7. 110 p.

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4 333 p.

⁴¹ Código Civil 2002

4. O DANO

4.1. CONCEITO

O vocábulo dano vem do latim *damnum* que significa lesão de natureza patrimonial ou moral. No ordenamento pátrio, dano e prejuízo possuem o mesmo significado, mas Paulo Nader⁴² explica que, em Roma, o *damnum* seria apenas o fato material de destruição total ou parcial da coisa, enquanto o termo *praeiudicium* possuiria sentido jurídico.

Rui Stoco⁴³ define que, para a indenização de um dano, não basta que ele seja econômico, mas que seja principalmente jurídico, ou seja, aquele que o sistema normativo protege e que seja garantia de um direito ao indivíduo.

Nessa mesma linha Pamplona⁴⁴ define dano como “(...) lesão a um interesse jurídico tutelado-patrimonial ou não-, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.

O código francês utiliza a expressão “danos e interesses” para designar o dano emergente e o lucro cessante, ao contrário do nosso código que utiliza as expressões “perdas e danos”. Tais vocábulos são sinônimos, os quais expressam apenas o dano emergente. Nas palavras de Gonçalves⁴⁵ “(...) se dissermos *danos e interesses* estaremos designando assim o dano emergente, a diminuição, como o lucro cessante, isto é, a privação do aumento”.

O inciso V do art. 5º da CF/88 assegura o direito de indenização por dano material, moral e à imagem. Protege, sob pena de indenização por dano moral ou material, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas⁴⁶.

Gonçalves⁴⁷, citando Ennecderus conceitua o dano como:

⁴² NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 7. 69 p.

⁴³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1.179 p.

⁴⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 78 p.

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto **Direito civil brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4. 339 p.

⁴⁶ Constituição da República Federativa do Brasil, 1988

Toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição etc.) (...) como, via de regra, a obrigação de indenizar se limita ao dano patrimonial, a palavra “dano” se emprega correntemente, na linguagem jurídica, no sentido de dano patrimonial.

4.2. REQUISITOS DO DANO

Para que haja dano indenizável é necessário o preenchimento de alguns requisitos: a) a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; b) certeza do dano; c) subsistência do dano; d) causalidade; e) legitimidade; e f) ausência de causas excludentes de responsabilidade.

Quanto ao primeiro requisito é claro que se não houver dano a alguém não há de se supor que haja indenização. Como já foi falado, pode haver responsabilidade sem culpa, no entanto não há responsabilidade se não houver dano. A doutrina menciona o exemplo de alguém que comete várias infrações de trânsito. Mesmo que haja ilicitude na sua conduta se não houver dano a outros veículos não há de se falar em responsabilidade.

Nota-se que esse requisito abrange tanto os danos patrimoniais quanto os danos morais.

A certeza do dano seria aquele certo, efetivo e indenizável. Não há responsabilidade por dano abstrato ou hipotético. Gonçalves⁴⁷, citando Lalou dispõe que “(...) atual é o dano que já existe, no momento da ação de responsabilidade, certo, isto é, fundado sobre um fato preciso e não sobre hipótese”.

Quanto à subsistência seria a existência do dano no momento da reclamação. Se o prejuízo já foi reparado pelo responsável, e não o foi às custas da vítima, não há de se falar em dano. Caso a vítima tenha reparado o prejuízo, subsistirá o quantum pela reparação.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4. 337

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4. 339 p.

4.3. CLASSIFICAÇÃO DO DANO

Apresentam-se alguns comentários sobre a classificação do dano apenas para demonstração da existência dos vários tipos. Em seguida, atém-se ao dano moral, que é a classificação importante para este trabalho.

O dano pode ser Patrimonial (ou material) ou extrapatrimonial (ou moral). O primeiro afeta apenas o patrimônio da vítima, enquanto que o segundo ofende a vítima, no seu conceito interno e perante a sociedade, tanto física quanto jurídica, como ser humano, não atingindo seu patrimônio.

O dano pode ser direto ou indireto (ou reflexo) Quanto ao dano indireto, a doutrina expõe o caso do efeito ricochete, que seria o reflexo de um dano causado a outra pessoa. Um exemplo seria o do ex-marido, que deve pensão a sua ex-mulher e a seus filhos e seja incapacitado para cumpri-la em virtude de um dano que sofreu. Ora, quem deu causa à incapacidade agora deve arcar com o ônus da pensão.

5. O DANO MORAL

5.1. BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA

Conforme falado anteriormente o Código de Hamurabi foi uma das primeiras legislações que admitiam a obrigação da reparação do dano pela responsabilidade. A regra olho por olho dente por dente era amplamente utilizada para reparar danos patrimoniais. Contudo havia a previsão de reparação por meio de compensação financeira, o que para alguns estudiosos seria o embrião do nosso dano moral⁴⁹.

Também no código da Manu (Índia) a condenação penal injusta era ressarcida financeiramente. No direito Romano existia a previsão de reparação pela ofensa à honra, mas assim como nos códigos de Hamurabi e Manu a sanção era aplicada apenas a certos fatos e não genericamente⁵⁰.

No Brasil, havia forte resistência à aplicação de sanções por dano moral. Chegava-se ao extremo de afirmar que a dor não podia ser compensada pelo dinheiro. Em seu programa de responsabilidade civil, Cavalieri explica que esse pensamento se devia à ideia de que a reparação pelo dano moral não visava à restituição da coisa, mas sim uma função genérica de satisfação onde se procura que um bem recompense o sofrimento ou humilhação sofrida⁵¹.

Com o passar do tempo, a discussão passou a ser sobre a não cumulatividade do dano moral com o dano material. Tal polêmica foi evaporada com a edição da súmula 37 do STJ que diz: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato”.

Apesar da doutrina já defender a aplicação de indenização por dano moral foi apenas com a Constituição de 1988 é que as resistências foram vencidas. O art. 5 V e X dispõe que:

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 6 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. 3 p.

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 6 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009 4 p.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 96 p.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Da mesma forma o art. 186 do código civil dispõe que:

Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Superadas as discussões se o dano moral é ou não indenizável, ou se há ou não cumulação entre dano moral e patrimonial a questão que se faz presente no meio jurídico é sobre o próprio conceito de dano moral. Para Cavalieri⁵² “Esse é o ponto de partida para o equacionamento de todas as questões relacionadas com o dano moral, inclusive quanto à sua valoração”.

5.2. CONCEITO

Uma primeira conceituação, sempre exposta na doutrina, é de que dano moral é a lesão a direitos não pecuniários nem comercialmente redutível a dinheiro. Cavalieri⁵³ tem que esse conceito parte de um conceito negativo, por exclusão, que na verdade não diz nada. Pamplona⁵⁴ conceitua como sendo:

Dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Rodrigues⁵⁵, citando Wilson Melo da Silva conceitua dano moral como:

⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 94 p.

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. 76 p.

⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 98 p.

⁵⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4. 189 p.

(...) lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.

Na mesma linha de raciocínio, Gonçalves⁵⁶ conceitua dano moral como:

(...) o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1, III e 5, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

O ponto em comum de todos esses conceitos é que a lesão sofrida pelo indivíduo é na sua psique, na sua auto-imagem e na forma como seus pares o veem na sociedade.

Isso se traduz segundo Humberto Theodoro⁵⁷, citando Carlos Alberto Bittar, em “turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”. Logo há dano moral quando as atitudes de um terceiro provocam danos nas esferas interna e valorativa do ser como entidade individualizada⁵⁸.

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto **Direito civil brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4. 359 p.

⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 6 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. 2 p.

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 6 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. 2 p.

6. DANOS PUNITIVOS

6.1. HISTÓRIA

O instituto dos *punitive damages*, que será futuramente conceituado, tem origem nos países da *Common Law*, e forma-se através de premissas diversas do nosso direito, a *Civil Law*. No nosso ordenamento considera-se figura atípica, sendo uma figura intermediária entre o Direito Penal e o Direito Civil por ter a finalidade de, além de compensar, punir o ofensor.

No ano de 1275, o parlamento inglês fez constar no *Statue of Westminster* que os invasores das terras da igreja pagariam em indenização o dobro do valor do dano provocado. Essa indenização configura o instituto do *multiple damages*, que é caracterizado como uma indenização superior ao valor total do prejuízo. Esse instituto é uma das raízes dos *exemplary damages*, ou *punitive damages*⁵⁹, embora não se possa dizer que a indenização punitiva seja uma espécie de indenização múltipla.

Há na doutrina referência ao *multiple damages* que de acordo com Robert Blakey foi incluído no *Statue of Councester*, em 1278.

A expressão *punitive* (ou *exemplary*) *damages*, foi utilizada pela primeira vez no caso *Huckle VS. Money*. Nesse julgamento os soldados do Rei George foram condenados por entrarem na casa de um tipógrafo que publicava opiniões contrárias ao soberano. Apesar de não causarem danos materiais significativos, nem agredirem a vítima a corte achou por bem condenar em trezentas libras em face da flagrante violação dos seus direitos. Lourenço⁶⁰, em sua obra, cita o comentário do *Lord Chief of Justice*:

(...) (i) think (the jury) have done right in giving exemplary damages. To enter a man's house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence, is worse than the Spanish Inquisition; a law under

⁵⁹ GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos. Brasília: Jurídica, 2005. 31 p.

⁶⁰ LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Revista da faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. 165 p. Eu penso que o júri agiu corretamente em conceder os danos exemplares. "Entrar na casa de um homem, sem autorização judicial, para procurar evidências é pior que a inquisição espanhola; uma lei sobre a qual nenhum inglês gostaria de viver". (tradução livre)

which no Englishman would wish to live an hour; it was a most daring public attack made upon the liberty of the subject.

Outro caso emblemático quanto ao abuso de poder foi *Wilkes vs. Wood* onde um político opositor do regime do Rei George III foi perseguido pelos seus numerosos escritos denunciando o autoritarismo do Rei. No julgamento o Tribunal declarou⁶¹:

(...) a jury have it in their Power to give damages for more than the injury received. Damages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise, as a punishment to the guilty, to deter from any such proceeding for the future, and as a proof o detestation of the jury to the action itself.

Não só em casos de abuso de autoridade se aplicaram os *punitive damages*. Também nos casos de condutas vexatórias, ofensivas ou mesmo violentas há na *Common Law* previsão para seu uso. Um desses casos foi o de *Alcorn vs. Mitchel*, em que o autor cuspiu na vítima e por isso foi punido, ainda que na situação não tenha ocorrido prejuízo material.

Por fim, na Inglaterra a partir do caso *Rooks vs. Barnard* houve a delimitação do âmbito de aplicação dos danos punitivos. Nesse caso um trabalhador da *British Airways* foi despedido da empresa logo após se desfiliar do sindicato. Essa havia ameaçado deflagrar uma greve se tal empresa não despedisse o funcionário. Ele entrou com uma ação contra o sindicato por terem utilizado meios ilegais para induzir a sua empregadora a despedi-lo, nomeadamente através da ameaça de greve⁶².

A partir desse caso estabeleceu-se a diferença entre *punitive damages*, cuja função seria prevenir condutas graves e punir o agente e os *aggravated damages* que serviriam para compensar o impacto da conduta do infrator na dignidade da vítima.

⁶¹ LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Revista da faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. 166 p.”...um júri tem o poder de punir o ofensor além do dano cometido. Punitive damages são feitos não apenas para satisfazer a vítima, mas também para punir o ofensor, para evitar que cometa os mesmos atos no futuro” (tradução livre)

⁶² LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Revista da faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. 167 p.

Também foi restringida a área de atuação dos *punitive damages* a três categorias: a) abuso de poder de autoridade; b) situações em que o agente calculou que os lucros que viria a obter com a sua conduta excediam o valor da indenização que teria de pagar pelos danos causados; e c) casos previstos expressamente em lei.

6.1.1. Estados Unidos

A partir do século XX houve efetiva disciplina da responsabilidade civil como direito autônomo nos Estados Unidos. Isso se deveu à crescente população e acelerado processo de industrialização surgindo variados tipos de problemas que exigiram soluções aprimoradas. Contudo a maior parte do vocabulário e muitos princípios da *Common Law* inglesa foram mantidos.

Dos cinquenta estados americanos apenas cinco (Louisiana, Massachussets, Michigan, Nebraska e Washington) não adotam alguma forma de *punitive damages*. Esse instituto é aplicado para os casos de negligência grosseira (*gross negligence*) e responsabilidade objetiva (*strict liability*)⁶³.

Tradicionalmente é o Tribunal do Júri que decide sobre a aplicação dos *punitive damages* nos casos previstos na legislação americana. Entretanto há uma enorme crítica à mercantilização das decisões que tem sido denominada indústria milionária das indenizações.

Ainda que a inconstitucionalidade da fixação dos *punitive damages* tivesse sido questionada outras vezes, foi só no caso *BMW of North America Inc vs. Gore* (1996) foi reconhecida que a aplicação do instituto em valores não razoáveis fere a cláusula *Due Process Clause*.

O caso se deu da seguinte maneira: O médico Ira Gore comprou um automóvel da montadora BMW cuja pintura havia sido retocada, não sendo a

⁶³ VAZ, Caroline. **Os *punitive damages* no Direito comparado e Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. 51 p.

original. Maria Cecilia Bodin de Moraes traz em sua obra⁶⁴ a contestação da empresa:

Na contestação, a BMW alegou que desde 1983 adotava a seguinte política, relativa a veículos danificados no decorrer da fabricação ou do transporte: se o custo do reparo fosse superior a 3% do preço do veículo, este seria vendido como usado; se, no entanto, o custo fosse inferior a 3%, o veículo seria vendido como novo, sem qualquer notificação ao comprador acerca da realização dos reparos. Como o custo do reparo do veículo adquirido pelo autor correspondeu a apenas 1,5% de seu preço, não houve divulgação da preexistência de danos e da realização do respectivo reparo. Alegou a BMW que agira, portanto, de boa-fé.

Devido ao fato da proprietária não ter sido cientificada da alteração, o júri condenou a empresa em U\$ 4.000,00 (quatro mil) dólares a título de *exemplary damages* e U\$ 4.000.000,00 (quatro milhões) a título de *punitive damages*, posteriormente reduzidos para U\$ 2.000.000,00.

A pena aplicada foi tão desproporcional e injusta que a Suprema Corte resolveu instruir as demais cortes a considerar três diretrizes na fixação dos *punitive damages*⁶⁵: a) o grau de reprovabilidade da conduta do réu; b) a disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*; e c) a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.

Para aferir o grau de ofensa da conduta é necessário atentar para quatro fatores: a) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; b) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou segurança dos outros; c) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado; d) se o prejuízo foi resultado de uma ação intencional ou fraudulenta ou foi um mero acidente.

⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Revista trimestral de Direito Civil**. Ano 5, v.18, abril - junho de 2004. 60 p.

⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva**. Porto Alegre: Revista da Ajuris. n. 100. v.32. 19 p.

Vários casos julgados nos Estados Unidos exemplificam a utilização dos *punitive damages*. Dentre os mais famosos está o caso *Ford Corporation vs. Grimshaw* conhecido como *Pinto Case* ou *Exploding Pinto*⁶⁶.

Após um acidente de trânsito um automóvel batizado de “Pinto” produzido pela empresa veio a incendiar-se, matar o condutor e ferir gravemente os passageiros. Após uma perícia foi averiguado que o tanque de combustível foi colocado na parte traseira do veículo, o que geraria uma economia de U\$ 15 dólares por automóvel fabricado. Como foi constatado no processo, a Ford em uma análise puramente econômica, viu que era mais vantajoso “(...) proceder ao pagamento de *compensatory damages*, do que reduzir os lucros da sua venda pela introdução de alterações ao design do *Pinto*”⁶⁷.

O júri ficou escandalizado com a argumentação e puniu a empresa em U\$ 4,5 milhões a título de *compensatory damages* e impôs U\$ 125 milhões a título de *punitive damages*, posteriormente reduzido para U\$ 3,5 milhões.

Ainda que nos Estados Unidos a aplicação dos *punitive damages* seja habitual ela não é de livre aplicação, nem para o júri nem para o magistrado. Critérios legais e doutrinários, fixados pela Constituição e pela jurisprudência precedente, que precisam ser aplicados. Pargendler⁶⁸ expõe que:

Não há de se pensar em punir com a indenização casos de responsabilidade objetiva, que obedecem à diversa racionalidade, sendo irrelevante, para esse regime, a apreciação da subjetividade, já que a conduta culposa não é elemento do suporte fático de incidência da regra de atribuição de responsabilidade.

6.2. DEFINIÇÃO DE PUNITIVE E EXEMPLARY DAMAGES

Os *punitive damages* são definidos no *Restatement of torts*⁶⁹ como “*damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person*

⁶⁶ LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Revista da faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.175 p.

⁶⁷ LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Revista da faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.176 p.

⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva**. Porto Alegre: Revista da Ajuris. n. 100. v. 32. 21 p.

⁶⁹ O Instituto de Direito Americano (The American Law Institute) publica constantemente uma espécie de código, para cada área do direito, que, em seus parágrafos, condensa os conceitos nos mais autorizados precedentes jurisprudenciais, para tornar prática sua utilização no cotidiano forense.

*to punish him for his outrageous conduct and deter him and other like him from similar conduct in the future”*⁷⁰

Judith Costa e Pargendler⁷¹ também mencionam o conceito de *smart money*, *exemplary damages*, *vindictive damages* como sendo sinônimos de *punitive damages*. Pelo seu conceito, esse instituto consiste:

(...) na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se-nesse aspecto funcional- aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.

Segundo Vitor Fernando Gonçalves⁷²:

O conceito de indenização punitiva é basicamente incontroverso, apresentando-se como uma pena privada consistente em uma prestação em dinheiro a que fica obrigado o réu condenado em uma ação civil de indenização de prejuízo causado por um ato ilícito de natureza especialmente grave, em adição à indenização propriamente dita.

6.3. PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO SISTEMA JUDICIÁRIO NORTE-AMERICANO

O sistema federativo dos Estados Unidos permite que os vários estados tenham procedimentos de julgamento diferentes, podendo cada ente federativo legislar sobre a forma como os julgamentos serão conduzidos.

As indenizações cíveis, ao contrário do nosso sistema, são julgadas pela instituição do júri, consoante a Sétima emenda da Constituição daquele país. O procedimento varia de Estado para Estado, mas em alguns casos é feito em três

Tal código tem caráter meramente opinativo, mas possui uma grande respeitabilidade e é muito aplicado. Na espécie, o 2nd. Restament of Torts corresponde à segunda edição do código referente à responsabilidade civil extracontratual.

⁷⁰ VAZ, Caroline. **Os *punitive damages* no Direito comparado e Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 49 p. “Indenização que não a compensatória ou nominal, concedida contra uma pessoa para puni-la por sua conduta ultrajante e dissuadi-la, e outras como ela, de praticarem condutas semelhantes no futuro.” (Tradução livre)

⁷¹ MARTINS-Costa, Judith; Pargendler, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva**. Porto Alegre: Revista da Ajuris. n. 100. v.32. 16 p.

⁷² GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos**. Brasília: Jurídica, 2005. 30 p.

fases: na primeira o júri decide se o réu é responsável pelo ato de que é acusado. Caso a resposta seja positiva, fixam o quantum devido a título de compensação de danos. Em data diferente e posterior serão fixados os *punitive damages*, se houver entendimento do júri no sentido de se aplicar o instituto.⁷³

A decisão do júri pode ser revisada dentro do próprio Estado e em alguns casos pela Corte Suprema, como foi visto no caso *BMW vs. Gore*.

Adriano Stanley Rocha Souza⁷⁴ explica que existe a possibilidade de transação penal na *Common Law*, o que significa que:

(...) a tutela penal não se encontra de maneira exclusiva nas mãos do Estado, como ocorre em nosso sistema. Outra diferença, é que a vítima de um dano pode buscar a punição do seu ofensor na própria esfera civil, ao invés de recorrer, necessariamente, à via penal. Neste caso, o Estado fixará uma pena para a reparação do dano e uma outra de cunho punitivo.

A vítima pode escolher esta alternativa por dois (dentre outros) motivos: a) um processo penal pode terminar por lançar o réu na cadeia, o que por algum motivo não seria de interesse da vítima. b) no processo penal a titularidade da punição seria do Estado, não restando à vítima do dano qualquer tipo de vantagem pessoal.

6.4. PRINCIPAIS CASOS DE ADMISSIBILIDADE

Nos Estados Unidos, as indenizações punitivas têm sido aplicadas, respeitadas as peculiaridades de cada Estado da Federação, em três casos: negligência grosseira (*gross negligence*), responsabilidade objetiva (*strict liability*) e responsabilidade civil pela quebra de alguns pactos contratuais.

6.4.1. Negligência Grosseira (*Gross Negligence*)

Os casos mais comuns são em acidentes de trabalho, acidentes de viação e em casos de negligência médica.

⁷³ VAZ, Caroline. **Os *punitive damages* no Direito comparado e Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. 60 p.

⁷⁴ SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Direito civil: Atualidades - princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 259 p.

6.4.2. Responsabilidade civil objetiva

(...) os tribunais norte-americanos vêm entendendo que as prestações punitivas devem ser utilizadas quando houver a colocação no mercado de produtos perigosos ou defeituosos, pelos produtores que conhecem tais vícios ou não fazem os testes de segurança, demonstrando, assim, flagrante indiferença pela segurança, saúde ou bem estar dos consumidores.⁷⁵

6.4.3. Em quebra de contratos

A jurisprudência americana, seguindo o *Restatement of Torts* §355 (1981), proíbe a aplicação dos *punitive damages* em contratos. A exceção se dá nos casos onde a quebra do pacto contratual seja daquelas abarcadas pelo campo da Tort Law (responsabilidade civil por atos ilícitos) onde os *punitive damages* são aplicados. Os cinco casos mais comuns são: quebra de promessa de casamento, conduta maliciosa ou opressiva, conduta fraudulenta; contratos de seguro e casos de concorrência desleal.

⁷⁵VAZ, Caroline. **Os *punitive damages* no Direito comparado e Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. 54 p.

7. DA NÃO APLICABILIDADE DO INSTITUTO DO PUNITIVE DAMAGES NO BRASIL

A aplicação dos punitive damages na jurisprudência é alvo de crítica pela doutrina, tanto pela corrente que aceita a utilização do instituto alienígena, quanto pela corrente que defende o descabimento da utilização pela doutrina pátria. Pargendler⁷⁶, por exemplo, levanta o questionamento de que talvez a utilização do instituto seria uma mera imitação do “estrangeiro” (antes o francês, agora o alemão e o americano), onde esse seria um aspecto de virtude intelectual ou mesmo cívica.

Na verdade nossa doutrina é pobre na discussão desse instituto. Poucos são os autores que se debruçam sobre a aplicação dos punitive damages, na maioria das vezes em obras que tratam de dano moral.

Basicamente as críticas assentam-se nos aspectos: a) danos punitivos são sanções penais; b) enriquecimento sem causa da vítima; e c) mercantilização da justiça;

Quanto ao primeiro aspecto há crítica veemente, principalmente de autores do porte de Humberto Theodoro Júnior quanto ao descabimento do uso da função punitiva, nos moldes do direito da Common Law, no nosso modelo de responsabilidade.

Ora, o fim da responsabilidade penal é punir o ofensor, ela busca com a aplicação de sanções um castigo a quem violar normas previamente estabelecidas. Já a responsabilidade civil tem o objetivo de ressarcir o dano sofrido pela vítima. Moraes⁷⁷, sobre esse aspecto dispõe que:

O instituto dos *punitive damages* constitui-se, em sistemas jurídicos como o nosso, em uma figura anômala, intermediária entre o direito civil e o direito penal, pois que tem o objetivo precípua de punir o agente ofensor, embora o faça através de uma pena pecuniária que deve ser paga à vítima.

⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva**. Porto Alegre: Revista da Ajuris. n. 100. v. 32. p.22

⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Revista trimestral de Direito Civil**. Ano 5. v.18, abril - junho de 2004. 72 p.

Nesse mesmo sentido Humberto Theodoro⁷⁸ explica que:

Castigo, pena, só se impõe em defesa da sociedade e segundo as normas penais da legislação. A ação penal é outrossim pública, cabendo apenas ao Estado punir o delinqüente. À vítima do delito não assiste mais nenhum tipo de vingança contra o ofensor. A este cabe, na ordem privada, apenas e tão-somente exigir o ressarcimento do prejuízo sofrido.

Alguns autores defendem que, não conseguindo o direito penal atingir suas finalidades, deve a administração da justiça penal ser aperfeiçoada. Segundo Lourenço⁷⁹ o que não faz sentido é utilizar o Direito civil, com os punitive damages, para atingir os objetivos que são próprios do Direito Penal. Sujeitar o agente a procedimento criminal, nas palavras da autora, geraria as seguintes desvantagens: a) Seria a violação do ne bis in idem e b) a imposição da pena privada seria feita fora do abrigo das garantias dos princípios de Direito penal, como o due process, ou da reserva legal.

De fato, quanto à reserva legal, Humberto Theodoro⁸⁰ é enfático ao dizer que “(...) nenhuma autoridade tem, pois, o poder de criar pena, senão o legislador, nem de ampliar as penas legalmente constituídas ou de aplicá-las a situações diversas daquelas expressamente previstas pela lei”

Pelo mesmo raciocínio, explana Pinto Ferreira⁸¹: “O princípio da legalidade das penas e dos delitos significa que toda pena só pode ser aplicada de acordo com a lei preexistente, e todo delito deve estar elencado na norma legal, deve ter previsão legal”

Rebatendo a crítica, Caroline Vaz explica que:

(...) há tempo se sabe das distinções marcantes entre ambos os ramos do Direito(...)o Direito Penal tem como consequência, quando da sua aplicação, a restrição da liberdade, ou, no mínimo, de direitos

⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 6ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. 67 p.

⁷⁹ LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Revista da faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. 184 p.

⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 6ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. 68 p.

⁸¹ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2. 211 p.

do agente causador de um fato que, além de ilícito, é típico penalmente⁸²

Para a autora, o objetivo do Direito das Obrigações aplicado ao autor do fato não seria a restrição da liberdade, mas continuaria sendo a indenização e a compensação da lesão, acrescendo-se, contudo, a função de puni-lo.

Theodoro ainda traz à discussão o fato de que mesmo no dano material, a indenização tem uma finalidade diversa da simples pena-castigo. Sua função específica é restaurar a situação original do ofendido, e não acrescentar uma punição, mesmo que a título exemplificativo.

Ainda assim, segundo o próprio autor, o direito positivo nacional admite alguns institutos que, de uma maneira indireta, acabam por ter uma função punitiva, mesmo sem comprovar algum dano concreto. As multas e as astreintes tem essa característica, embora ressalte que: "(...) deve-se ponderar, em primeiro lugar, que esse tipo de pena excepcional não tem propriamente função de sancionar a inexecução, mas sobretudo assegurar a execução das obrigações civis"⁸³

Contudo, tais medidas judiciais são previstas na legislação, o que não fere o princípio da reserva legal, ao contrário dos punitive damages que não possuem previsão expressa no nosso ordenamento jurídico.

Vitor Gonçalves afirma que o Direito Penal e o Direito Civil não são engessados, podendo a responsabilidade penal assumir um caráter compensatório ou a responsabilidade civil alcançar uma finalidade punitiva⁸⁴. Um exemplo de indenização punitiva múltipla seria o do artigo 773 do Código Civil que dispõe:

Art. 773. O segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir, não obstante, expede a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado

Outro exemplo seria o artigo 939 do Código Civil assim fundamentado:

⁸² VAZ, Caroline. **Os punitive damages no Direito comparado e Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. 84 p.

⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 6ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. 75p.

⁸⁴ GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos**. Brasília: Jurídica, 2005. 183 p.

Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

Nesses dois exemplos há uma pena lato sensu cujo objetivo não é só ressarcir o dano, mas aplicar uma sanção que tenha um efeito didático no ofensor e exemplar para o resto da sociedade. A diferença é que há uma previsão expressa na legislação, não sendo o arbítrio da “pena” uma faculdade subjetiva do juiz.

Por fim, Maria Celina Bodin de Moraes⁸⁵, embora concordando que o direito civil tenha uma faceta punitiva, lembra que o motivo que rechaça sua aplicação é a completa falta de previsão legislativa. Conseqüentemente não há garantias suficientes para o réu, como a tipicidade, a apuração de culpabilidade ou proporcionalidade. Segue ensinando:

Por mais civilizado que possa parecer substituir a “satisfação da vingança” por uma pena pecuniária, o *modus operandi* do instituto não se compadece com a tutela que o ordenamento deve oferecer em juízos punitivos de qualquer espécie. De nada adianta pedir moderação e equilíbrio na fixação do *quantum* indenizatório quando o sistema que sei veio delineando aceita a coexistência, no âmbito da reparação de danos extrapatrimoniais, de duas regras antagônicas por princípio: a punição, de um lado, e o arbítrio do juiz, de outro.

Talvez a característica mais marcante do instituto, e que talvez chame a atenção principalmente pelas quantias exorbitantes de indenização, seria o enriquecimento sem causa que sua aplicação geraria. Tanto nos Estados Unidos quanto nos países que aplicam o Direito Romano-Germânico a questão do quantum indenizatório é complexa, polêmica e repleta de controvérsias.

Já citamos anteriormente os valores das indenizações dos casos BMW vs. Gore e Ford Corporation vs. Gimmshaw, cujas indenizações milionárias impostas pelo júri levaram os Tribunais a reverem suas posições quanto os punitive damages. Podemos acrescentar a esses o caso Liebeck vs. McDonald's, onde Stella Liebeck acionou judicialmente a rede de fast-food em virtude de queimaduras provocadas pelo café que derramou no seu colo enquanto dirigia para casa.

⁸⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Revista trimestral de Direito Civil**. Ano 5. v. 18. Abril - junho de 2004. 74 p.

Na sua argumentação, alegou que a temperatura do café estava em 82o C (180O F) o que, segundo perícia realizada no julgamento, levaria 3,5 segundos para atingir a pele. Seu pedido foi para que se abaixasse a temperatura para 1600 F, o que em acidente semelhante levaria 8 segundos para atingir a pele. A autora também peticionou exigindo ressarcimento das despesas médicas e dos salários não recebidos por sua filha, que cuidara dela no tempo da recuperação.

No final do julgamento o McDonald's foi condenado em US\$ 200 mil como indenização compensatória e US\$ 2,7 milhões por punitive damages. Segundo um jurado, foi uma maneira de se dizer: “Ei, abram os olhos. As pessoas estão se queimando...”⁸⁶.

Esse caso ilustra bem o caráter de “loteria judicial” que o punitive damages pode ter, quando aplicado fora dos critérios já explicados. O que poderia ser um mero dissabor do dia-a-dia acaba tornando-se pretexto para ações judiciais, visando muitas vezes não à reparação, mas um eventual lucro.

Para Pargendler a doutrina dos punitive damages exige aqueles critérios já explicitados acima, como culpa grave, malícia, fraude etc. Caso não sejam aplicados esses requisitos e sejam usados outros indiscriminadamente, tornaria o instituto um jogo de azar, mera loteria causando sérios prejuízos a segurança jurídica. Nas palavras dela⁸⁷:

Do contrário, a aplicação indiscriminada da indenização punitiva, além de tornar-se um jogo de azar, acarretaria os fenômenos indesejáveis de hiper-prevenção e supercompensação, não tendo nenhuma eficácia no plano ético-pedagógico se estendida à responsabilidade objetiva.

Alguns autores sugerem que, para evitar que haja o enriquecimento sem causa da vítima, o valor arrecadado fosse revertido a um fundo público e não em benefício do autor da ação. Caroline Vaz⁸⁸ traz o exemplo das condenações em ação civil pública por ilícitos contra o meio ambiente, o consumidor e a criança e o

⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Revista trimestral de Direito Civil**. Ano 5. v. 18. Abril - junho de 2004. 59 p.

⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva**. Porto Alegre: Revista da Ajuris. n. 100. v.32. 23 p.

⁸⁸ VAZ, Caroline. **Os punitive damages no Direito comparado e Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. 85 p.

adolescente, onde os valores pagos são revertidos à instituições que visam proteger ou promover o desenvolvimento de atividades relacionadas ao bem jurídico atingido.

O caso dos punitive damages em sua essência é aplicado em casos de extrema gravidade, onde a mera reparação não é suficiente para tornar justa a punição. Todavia o sistema brasileiro proporciona hipóteses, como já demonstrado, que permitem o efetivo desestímulo à prática de ilícitos, sem que haja necessidade de aplicação de um instituto alienígena. Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes⁸⁹:

Admite-se, pois, a figura do caráter punitivo, mas em casos especialíssimos, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social. Requer-se a manifestação do legislador tanto para delinear as extremas do instituto, quanto para estabelecer garantias processuais específicas, necessárias, sempre que se trate de juízo de punição. Entende-se como “caso especialíssimo” a conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva. Assim o desabamento de um edifício residencial, porque construído com material de quinta categoria representa um exemplo de situação ultrajante, a ser punida civil e criminalmente

Tendo o Direito nacional tantas formas de desestimular a prática de um ato danoso, não é necessário utilizar de um instituto estrangeiro que possui fundamentos completamente diferentes dos nossos. Como já foi dito esse instituto dos punitive damages constitui em uma figura anômala do nosso direito.

Para Moraes⁹⁰

Tal caráter aflitivo, aplicado indiscriminadamente a toda e qualquer reparação de danos extrapatrimoniais, coloca em risco princípios fundamentais de sistemas jurídicos que têm na lei sua fonte normativa, na medida em que se passa a aceitar a idéia, extravagante à nossa tradição, de que a reparação não se constitui mais como o fim último da responsabilidade civil mas a ela se atribuem, também, como intrínsecas, as funções de punição e dissuasão, de castigo e prevenção.

Na verdade a aplicação do instituto do punitive damages pelos tribunais se assemelha mais ao caráter punitivo que deve possuir um dano moral do

⁸⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 301 p.

⁹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Revista trimestral de Direito Civil**. Ano 5. v.18. abril - junho de 2004. 73 p.

que a aplicação do instituto, nas premissas já explicadas. Nesse sentido, Martins Costa⁹¹ leciona:

Não nos deixemos atraparalhar pela mera evocação semântica, confundindo a expressão *punitive damages* (designativa de um determinado instituto jurídico) com o caráter punitivo associado à indenização do dano extrapatrimonial.

O AI/455846 do Supremo Tribunal Federal ilustra de maneira bem didática a confusão semântica a que as autoras aludem. O caso se deu da seguinte forma: A União foi condenada pelo Tribunal Regional Federal – Segunda Região a indenizar Daniel Felipe de Oliveira Neto por deformação causada por erro na hora do parto. O acórdão trazia a seguinte ementa:

Ementa: Responsabilidade civil objetiva do poder público. elementos estruturais. pressupostos legitimadores da incidência do art. 37 §6º, da Constituição da República. Teoria do risco administrativo. Fato danoso para o ofendido, resultante de atuação de servidor público no desempenho de atividade médica. procedimento executado em hospital público. Dano moral. Ressarcibilidade. Dupla função da indenização por dano moral (reparação-sanção) (a) caráter punitivo ou inibitório ("*exemplary or punitive damages*") e (b) natureza compensatória ou reparatória. Doutrina. Jurisprudência. Agravo improvido.

Para Pargendler a menção ao instituto dos *punitive damages* nesse caso foi desnecessária, pois confundiu justamente o caráter punitivo da indenização (traço genérico da pena privada, atribuível, segundo forte doutrina, ao dano moral) com a indenização punitiva.

Nesse mesmo sentido o RECURSO ESPECIAL Nº 210.101 - PR (1999/0031519-7):

Ressalte-se que a aplicação irrestrita das "*punitive damages* " encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva**. Porto Alegre: Revista da Ajuris. n. 100. v. 32. 24 p.

Não obstante escassos, precedentes do Tribunal da Cidadania consignaram o entendimento da aplicabilidade, respeitadas as necessárias e inevitáveis adaptações às regras constitucionais.

Com efeito, no Julgamento do Recurso Especial 210.101/PR, o Relator, Ministro Carlos Fernando Mathias, logrou fazer importantes considerações, que pelo aspecto didático e precisão conceitual, transcrevo na íntegra:

Deveras, é fato que se vive hoje um novo tempo no direito, quer com o reconhecimento (e mais do que isto, como garantia constitucional) da indenização por dano moral, quer – e aí com revelação de certa perplexidade – no concernente à sua fixação ou avaliação pecuniária, à míngua de indicadores concretos.

Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano em destaque, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima.

Como fixar a reparação? Quais os indicadores?

Por certo, devido à influência do direito norte-americano muitas vezes invoca-se pedido na linha ou princípio dos “punitive damages”.

“Punitive damages” (ao pé da letra, repita-se o óbvio, indenizações punitivas) diz-se da indenização por dano, em que é fixado valor com objetivo a um só tempo de desestimular o autor à prática de outros idênticos danos e a servir de exemplo para que outros também assim se conduzam.

Ainda que não muito farta a doutrina pátria no particular, têm-se designado as “punitive damages” como a “teoria do valor do desestímulo” posto que, repita-se, com outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao causador do dano e de modo que ninguém queira se expor a receber idêntica sanção.

No caso do dano moral, evidentemente, não é tão fácil apurá-lo.

Ressalte-se, outrossim, que a aplicação irrestrita das “punitive damages” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento

indevido do ofendido e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

Mais recentemente, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RESP 839.923 entendeu ser aplicável, em caráter punitivo e pedagógico, uma majoração na indenização aplicada no caso concreto. A ementa:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AGRESSÃO FÍSICA AO CONDUTOR DO VEÍCULO QUE COLIDIU COM O DOS RÉUS. REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS. ELEVAÇÃO. ATO DOLOSO. CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO E COMPENSATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e a gravidade do ato ilícito.

2. Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, mediante emprego de reprovável violência física, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, sem perder de vista a vedação do enriquecimento sem causa da vítima.

3. Na hipótese dos autos, os réus espancaram o autor da ação indenizatória, motorista do carro que colidira com a traseira do veículo que ocupavam. Essa reprovável atitude não se justifica pela simples culpa do causador do acidente de trânsito. Esse tipo de acidente é comum na vida diária, estando todos suscetíveis ao evento, o que demonstra, ainda mais, a reprovabilidade da atitude extrema, agressiva e perigosa dos réus de, por meio de força física desproporcional e excessiva, buscarem vingar a involuntária ofensa patrimonial sofrida.

4. Nesse contexto, o montante de R\$ 13.000,00, fixado pela colenda Corte a quo, para os dois réus, mostra-se irrisório e incompatível com a gravidade dos fatos narrados e apurados pelas instâncias ordinárias, o que autoriza a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais.

5. Considerando o comportamento altamente reprovável dos ofensores, deve o valor de reparação do dano moral ser majorado para R\$ 50.000, 00, para cada um dos réus, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios.

6. Recurso especial provido.

(REsp 839923/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 21/05/2012).

Observa-se uma relação direta entre a ação indenizatória decorrente de agressões físicas, sofridas pelo Recorrente, após uma colisão entre dois veículos em via pública. Na ocasião, os Recorridos agrediram de forma brutal e desproporcional o autor, retirando-o à força do veículo e efetuando um espancamento, cujas agressões envolveram socos e chutes, em várias partes do corpo, inclusive empurrando sua cabeça contra uma grade.

Após se revezarem na agressão, a vítima sofreu sequelas físicas, inúmeras lesões no corpo, com nariz quebrado em 3 (três) lugares, cortes no supercílio direito e na base esquerda do nariz, além de hematomas na região ocular.

O Tribunal de origem, a despeito do excesso da conduta, fixou a indenização em R\$ 13.000,00 (treze mil reais) a título de danos morais a ambos os réus. Contudo, em decorrência dos debates, a Turma decidiu ser o espancamento público do motorista conduta dolosa reprovável, não justificando nem mesmo a conduta da vítima, que na ocasião encontrava-se alcoolizada.

Assim, o acórdão foi reformado e a indenização foi majorada para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser suportada por cada um dos réus, com a devida incidência de juros moratórios e correção monetária.

Com efeito, nesse caso foi considerada a circunstância concreta do caso, segundo a qual a vítima sofreu abalo psíquico grave, além do óbvio prejuízo físico, consignando a corte ser a indenização insuficiente, necessária, dessa forma, sua majoração. Observa-se o sopesamento da gravidade do ato ilícito, além do dano causado e as condições econômicas das partes envolvidas, consubstanciando-se em um novo posicionamento da Corte Superior.

8. CONCLUSÃO

Como visto no decorrer do trabalho, não é cabível nem aconselhável a mera transposição do instituto da *Common Law* para países de tradição da *Civil Law*, como é o caso do Brasil. Os fundamentos da reparação são diversos, sendo que no direito norte-americano existe a figura, entre nós anômala, dos *punitive damages*.

O direito brasileiro oferece diversas formas, como já exposto, de se reparar um dano, não sendo necessária a aplicação pura e simples do instituto estrangeiro. Além do mais vivemos em um período de alta objetivação da responsabilidade civil, sendo um paradoxo a aplicação de um instituto tão subjetivo como os *punitive damages* em vista da maior clareza buscada hoje pelo direito obrigacional.

Uma alternativa a aplicação dos *punitive damages* mais adequada ao direito brasileiro seria a aplicação de sanções administrativas, sem prejuízo da compensação do dano auferido pela vítima. Assim o dano seria ressarcido e o autor punido, cujas sanções seriam aplicadas por órgãos reguladores, como o CADE, CVM, BACEN ou até mesmo as agências de regulação.

Naqueles casos especialíssimos onde a conduta do infrator é demasiadamente reprovável e não sendo possível ou eficaz as multas administrativas expostas no parágrafo anterior, poderia cogitar-se a aplicação dos *punitive damages*. No entanto, seu uso não estaria sujeito à mera discricionariedade do magistrado, mas naqueles casos previstos em lei. Tal hipótese se adequaria ao princípio da legalidade, o que tornaria o instituto mais condizente com nosso direito.

A indenização por outro lado não seria revertida à vítima, mas a um fundo especialmente criado para esse fim. Isso evitaria outro problema, o do enriquecimento sem causa que, conforme já explicado acima, é um dos vícios que acometem a utilização do instituto, quando usados no Brasil.

Os *punitive damages* não são unanimidade nem nos países onde seu uso é previsto. Mesmo a sua função de prevenir futuras ações danosas com a aplicação de vultosas indenizações não tem atingido o efeito desejado. É que as

empresas, prevendo que podem ser condenadas em uma eventual ação, contratam seguros específicos para esses casos. Logo, quem deveria sofrer com a condenação não o sofre, por estar ao abrigo de um seguro, consequentemente, uma das vantagens do instituto não teria eficácia: o medo da punição.

A mesma situação poderá ocorrer no Brasil, com as empresas de telefonia por exemplo. O uso dos *punitive damages* como medida intimidadora e preventiva poderia esbarrar na contratação de seguros por parte das operadoras. Seria uma forma de burlar a efetividade de uma provável sentença condenatória.

Por todos os fatos acima expostos, pela ofensa aos princípios da *Civil Law* expostos, pela inadequação e impropriedade do instituto dos *punitive damages* no direito brasileiro, é preciso rever sua aplicação, nunca fechando as portas para uma doutrina estrangeira, mas sempre adequando-a aos princípios aplicados no país em questão, sob pena de criar-se verdadeiras quimeras jurídicas, cujos efeitos negativos custariam a passar.

9. REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Código Civil, 2002

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.,

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva 2007.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos. Brasília: Jurídica, 2005.

LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Revista da faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função**

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Revista trimestral de Direito Civil**. Ano 5, v.18, abril - junho de 2004.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Direito civil: Atualidades - princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 6 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009 4 p.

VAZ, Caroline. **Os punitive damages no Direito comparado e Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.